

MESSIELE MARIA DE PEREIRA GUIMARÃES

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA E A APLICABILIDADE
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Brasília
2014

MESSIELE MARIA DE PEREIRA GUIMARÃES

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA E A APLICABILIDADE
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Monografia de conclusão de curso apresentada
à Coordenação de Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, para
obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Rodrigo Pereira Martins Ribeiro

Brasília
2014

MESSIELE MARIA DE PEREIRA GUIMARÃES

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA E A APLICABILIDADE
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Monografia de conclusão de curso apresentada
à Coordenação de Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, para
obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Rodrigo Pereira Martins Ribeiro

Brasília, de de 2014.

Banca examinadora

Professor Rodrigo Pereira Martins Ribeiro

Examinador

Examinador

*Dedico todo este trabalho, primeiramente, a Deus, autor da vida, que me deu força,
sabedoria e discernimento ao longo dessa jornada.*

*Aos meus familiares, em especial, aos meus pais, Messias e Dáulia, que de me deram todo
apoio e suporte desde sempre. Sem eles não teria chegado até aqui.*

Ao meu noivo, Rafael, pelos constantes conselhos e incentivos.

*Ao meu orientador, Rodrigo Ribeiro, por sua contribuição e dedicação, que muito ajudaram
para a elaboração e enriquecimento desse trabalho.*

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar as situações em que pode haver a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública, quando esta se encontrar na condição de consumidora do serviço e produto. Para tanto, é necessário um estudo prévio acerca das principais teorias que buscam firmar o conceito de consumidor, bem como a análise do que vem a ser o fornecedor e o objeto da relação contratual de consumo, o produto ou serviço. Também é importante a análise dos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, seu conceito, suas características e seu procedimento de formação. Ao final, corroborando-se esses dois ramos do direito regidos por leis de natureza jurídica diferenciada, chega-se a conclusão que podem ser aplicadas as disposições do CDC à Administração Pública, porém não como uma regra, mas diante da análise feita no caso concreto, quando se constatar a presença das características inerentes as relações consumeristas nas relações contratuais administrativas.

Palavras-chave: Direito do Consumidor – Relação de Consumo – Vulnerabilidade – Administração Pública – Contratos Administrativos – Procedimento Licitatório – Aplicabilidade do CDC – Teoria Finalista Mitigada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O CÓDIGO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.....	9
1.1 Aspectos Históricos.....	9
1.2 O Campo de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor	11
1.3 Conceito de Consumidor: teorias principais que conceituam consumidor.....	13
<i>1.3.1 Teoria Finalista e Teoria Maximalista.....</i>	<i>14</i>
<i>1.3.2 O Finalismo Aprofundado e a noção de vulnerabilidade no CDC</i>	<i>17</i>
<i>1.3.3 Os consumidores equiparados</i>	<i>21</i>
1.4 As definições de fornecedor.	23
1.5 Produto e Serviço.....	25
2 CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	28
2.1 Contrato Administrativo versus Contrato da Administração.	28
2.2 O Contrato Administrativo segundo a Lei nº 8.666 de 1993.	29
2.3 Características dos Contratos Administrativos.....	30
2.4 Das Cláusulas Exorbitantes.	33
2.5 Espécies de Contratos administrativos.....	36
2.6 Licitação	39
<i>2.6.1 Modalidades de Licitação</i>	<i>42</i>
3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA E A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	44
3.1 Considerações Iniciais.....	44
3.2 A Possibilidade de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às Pessoas Jurídicas	45
3.3 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública.....	47
<i>3.3.1 A Administração Pública como Destinatária Final</i>	<i>48</i>
<i>3.3.2 Vulnerabilidade técnica.....</i>	<i>51</i>
<i>3.3.3 Vulnerabilidade Jurídica.....</i>	<i>52</i>
<i>3.3.4 Vulnerabilidade Fática (Econômica).....</i>	<i>53</i>
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Em decorrência da Revolução Industrial surgiram as primeiras ideias de proteção legal ao consumidor. Esse acontecimento histórico teve grande repercussão nas formas de produção de bens de consumo dentro da sociedade. A partir daí, a produção passou a ser de forma massificada, uma vez que surgiram as máquinas, capazes de produzir em larga escala, substituindo o trabalho manual de muitos trabalhadores.

Diante disso, os fornecedores, donos das fábricas, começaram a lançar produtos no mercado, deixando o consumidor a mercê de suas ofertas. Vivia-se, nessa época, o Estado Liberal capitalista, em que o mercado era regido pelas leis da oferta e da procura, e também pela obtenção ilimitada do lucro.

A relação direta entre o adquirente do produto e o fornecedor passou a ser cada vez mais distante e incomum, impossibilitando o consumidor de reclamar, inclusive, quanto a eventuais defeitos nos produtos adquiridos.

Com o desenvolvimento não só das formas de organização da produção, mas também das técnicas utilizadas e da nova estruturação do mercado, que possibilitou o surgimento das grandes indústrias, o consumidor assumiu uma condição de vulnerabilidade, hipossuficiência, diante dos grandes fornecedores.

Com o advento do Estado Social de Direito, em que caberia maior intervenção do Estado para regulamentação do mercado e para efetivação dos direitos sociais, o consumidor ganhou *status* de sujeito de direitos, recebendo da lei benefícios protetivos que o colocaram em uma condição de igualdade material diante do fornecedor.

Tendo o Brasil adotado esse entendimento, a Constituição Federal de 1988 previu, dentre as suas garantias e direitos fundamentais, a proteção do consumidor e exigiu a regulamentação desse direito por meio de um Código, conforme se depreende do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais. Portanto, em obediência ao dispositivo constitucional, foi promulgado em 11 de Setembro de 1990 o atual Código de Defesa do Consumidor, consubstanciado na Lei 8.078. A importância da proteção consumerista pode ser aferida no

art. 170, inciso V, da CF/88, quando se estabelece que a defesa do consumidor é um dos princípios que rege a ordem econômica nacional.

O primeiro capítulo deste trabalho tratará das relações de consumo: da pessoa do consumidor, expondo quais são as principais teorias que buscam delimitar a sua definição legal, prevista no art. 2º do CDC; das espécies de vulnerabilidade do consumidor para fins de aplicação da Tutela Consumerista.

A respeito da possibilidade da aplicação das normas protetivas às pessoas jurídicas, será demonstrado o pensamento doutrinário dominante a respeito do assunto, bem como os artigos legais que dão embasamento a essa aplicação.

Este capítulo também irá tratar da pessoa do fornecedor e das principais características do objeto da relação contratual consumerista, que pode ser um produto ou um serviço.

O Capítulo 2 falará a respeito do Contrato Administrativo, suas características, o estatuto legal ao qual se submete, as exigências legais que lhes são impostas e as prerrogativas deferidas à sua atuação da Administração contratante. Também será objeto de estudo o procedimento licitatório como um meio utilizado pelo Poder Público para celebração dos contratos administrativos.

No Capítulo 3 será abordado o principal objeto do presente trabalho. Iremos demonstrar em quais situações é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública, quando houver um contrato de prestação de serviço ou fornecimento com particular.

De fato, não é fácil o trabalho de caracterizar o Poder Público enquanto consumidor, em razão da natureza jurídica peculiar do contrato administrativo e das cláusulas exorbitantes presentes na atuação da Administração. É necessário, portanto, que se faça uma análise no caso concreto apresentado, sem fazer presunções de modo contrário à aplicação das tutelas legais do CDC.

Por fim, a presente monografia busca firmar seu pensamento com base nas pesquisas doutrinárias de diversos autores consumeristas e administrativistas, também por

meio de artigos jurídicos de profissionais atuantes no âmbito do Judiciário. Também se utiliza a lei e as construções jurisprudenciais firmadas pelos Tribunais Superiores acerca do assunto aqui tratado e do posicionamento defendido.

1 O CÓDIGO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

1.1 Aspectos Históricos

O Código de Defesa do Consumidor foi instituído pela Lei 8.078/1990, em obediência ao comando constitucional previsto no art. 48 das Disposições Finais e Transitórias¹ da Constituição Federal de 1988². Antes da edição dessa lei, as relações consumeristas, no Brasil, eram regidas pelas disposições do Código Civil³.

O conteúdo desse Código é um conjunto de regras adaptadas à realidade contemporânea da pós-modernidade, que se inicia a partir do século XX. A partir desse período, muitas reivindicações foram feitas em prol dos direitos sociais, dando origem a diversas leis contemporâneas, como o Código de Proteção ao Consumidor⁴.

Observa-se que, antes desse período, os Estados Unidos, mesmo sendo atualmente o país que detém o poder mundial do ponto de vista do capitalismo contemporâneo, já tinham leis que regulamentavam as relações de consumo como, por exemplo, a Lei Sherman, Lei Antitruste americana, editada em 1890. Entretanto, o verdadeiro movimento consumerista ganhou força a partir de meados do século XX, por volta de 1960, quando se iniciou o período que chamamos de pós-modernidade⁵.

A pós-modernidade foi marcada por um processo de intensa globalização, fenômeno que promove a aproximação das realidades sociais, econômicas e culturais dos Estados. Diante disso, a economia se globaliza, o direito se unifica e até mesmo as doenças e epidemias se tornam um acontecimento global, generalizado⁶. Em função de toda essa unidade global, os mercados passam a exercer uma grande influência na vida das pessoas, gerando a necessidade de proteção aos direitos do consumidor, em razão da larga escala de produção e da despersonalização das relações de consumo.

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

² ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 04.

³ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 60.

⁴ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 04.

⁵ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 60.

⁶ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 05.

É importante lembrar que a globalização é o ápice de todo um processo de modernização que a sociedade vinha passando, que se iniciou no período de pós-Revolução Industrial. Após essa revolução, houve intenso crescimento populacional nas metrópoles, aumentando a demanda pelo consumo. A indústria passou a produzir mais, dando origem à produção em série, denominada “standartização”. Esse modelo de produção cresceu e se consolidou após a Segunda Guerra Mundial⁷. Após a Segunda Grande Guerra, com o surgimento da tecnologia de ponta, o modelo capitalista se fortaleceu ainda mais, permitindo, assim, a implementação da ideia de globalização.

Além da globalização, outros pontos marcantes na pós-modernidade que repercutem na vida dos consumidores são a grande quantidade de sujeitos de direitos, excesso de fatores que influenciam as relações jurídicas e diversas leis editadas no sentido de regulamentar essas situações. Assim, torna-se difícil saber qual norma jurídica deve ser aplicada a determinado caso concreto⁸. Surge, dessa forma, um pluralismo que se caracteriza pela valorização dos direitos humanos e das liberdades, preocupando-se com a tutela dos vulneráveis: consumidores, trabalhadores, indígenas, idosos, negros etc.⁹ A Constituição Federal brasileira de 1988 traz essa preocupação em seu art. 1º, III¹⁰, que determina que a dignidade da pessoa humana é um bem intangível¹¹.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor é tido como uma norma principiológica das demais normas consumeristas, pois nasce da proteção constitucional dos consumidores prevista no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal¹², dispositivo que regulamenta direitos que buscam assegurar a dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma linha de raciocínio, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor tem relação direta com a terceira geração dos direitos fundamentais, classificação

⁷ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 61.

⁸ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 06.

⁹ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 07.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

¹¹ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 64.

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

proposta por Karel Vasak, em 1979¹³. Todas as três gerações propostas por esse jurista são relacionadas aos princípios da Revolução Francesa. E, embora o Direito do Consumidor tenha relação com todas as três dimensões, o que leva a entender o direito do consumidor como direito de terceira geração é a visão de pacificação social, ou seja, necessidade de equilibrar a relação entre fornecedores e consumidores¹⁴. Nesse sentido, destaca-se o pensamento de Cláudia Lima Marques:

“A atual função social do direito privado é a proteção da pessoa em face dos desafios da sociedade massificada, globalizada e informatizada atual. Se as relações de consumo têm funções econômicas, têm funções particulares de circulação das riquezas, a função social deve necessariamente envolver o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana, nos seus vários papéis ou *status*, inclusive de consumidor na sociedade de consumo atual”¹⁵.

Portanto, diante do processo de globalização, ou seja, da mundialização do mercado, o consumidor assumiu uma condição de vulnerabilidade, justificando ainda mais a necessidade de proteção a esse sujeito de direitos.

1.2 O Campo de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

É o intérprete da lei, no momento de sua aplicação, quem vai determinar o que é uma relação de consumo e como deve ser tratado o consumidor. Por isso, aplicar o Código de Defesa do Consumidor pressupõe delimitar o seu campo de aplicação¹⁶.

O desafio daquele que interpreta e aplica o CDC é saber o papel que cada indivíduo desempenha na relação negocial. Essa identificação dos sujeitos da relação de consumo serve para definir o campo de aplicação de CDC, pois, no nosso ordenamento jurídico, temos o gênero Direito Privado do qual o direito civil, o direito de empresa ou direito comercial e o direito do consumidor são espécies. Dessa forma, cada ramo do direito privado

¹³ VASAK, Karel, 1979 apud TARTUCE ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 09.

¹⁴ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 09.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.

regula uma determinada situação jurídica entre pessoas ligadas por uma relação contratual. Para isso, é necessário saber a natureza jurídica de cada relação¹⁷.

O CDC se aplica, em princípio, a todas as relações contratuais e extracontratuais entre consumidores e fornecedores. Por isso, diz-se que seu campo de aplicação é subjetivo, *ratione personae*¹⁸. Entretanto, embora seja subjetivo, não se exclui a análise do objeto para fins de caracterização da relação de consumo. Além disso, é um ramo que diferencia subjetivamente as partes com a finalidade de proteger os mais fracos, aqueles que não se encontram em relação de igualdade com a outra parte contratual.

Mas, ainda resta dúvida a respeito de quem seria o consumidor, questionando-se quem é e quais são as características desse sujeito de direitos. Assim, embora a proteção do consumidor seja constitucional, a Constituição Federal de 1988, ao determinar que o Estado-juíz, o Estado-executivo e o Estado-legislativo protegessem o “consumidor em suas relações intrinsecamente desequilibradas com os fornecedores de produtos e serviços”¹⁹, não definiu quem é o consumidor para fins de proteção. Dessa forma, temos de recorrer ao CDC, como base legal específica infraconstitucional, para saber quem tem legitimidade para receber essa proteção.

Também é importante salientar que a relação de consumo deve ser analisada no caso concreto, pois nem sempre uma relação contratual em que há um fornecedor e um comprador será considerada uma relação consumerista. Há algumas características que nos permitem distinguir se é uma relação de consumo ou não. A habitualidade no exercício da atividade de fornecimento é uma delas. Assim, se uma loja de roupas revende um computador a uma pessoa, essa relação não será de consumo, pois a loja não exerce essa atividade com habitualidade, mas se ela tem feito isso com certa regularidade, pode ser que se constate que há sim uma relação de consumo²⁰.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 90.

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 90.

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 90.

²⁰ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 182.

Por fim, a relação de consumo é uma relação que possui não somente elementos subjetivos, que são as partes, consumidor e fornecedor, mas tem também os elementos objetivos, que são o produto e o serviço, objeto da relação²¹. Assim, para melhor compreensão, basta analisar os conceitos e teorias que buscam caracterizar os sujeitos da relação de consumo, bem como seu objeto, para saber como e quando estaremos diante de uma relação de consumo.

1.3 Conceito de Consumidor: teorias principais que conceituam consumidor

O Código de Defesa do Consumidor define esse sujeito de direitos em quatro dispositivos diferentes: art. 2º, *caput* e parágrafo único, art. 17 e art. 29²². Não são definições apenas sob a ótica individual, como sujeito de direitos individuais, mas também sob a ótica coletiva, transindividual (interesses individuais homogêneos, interesse coletivos ou interesses difusos)²³.

Destaca-se que a noção de consumidor em sentido estrito está legalmente prevista apenas no *caput*, do art. 2º, do Diploma Legal acima citado, sendo as demais definições equiparações ao conceito principal.

O consumidor não é uma definição meramente contratual. É uma definição ampla em seu alcance material, pois visa proteger não só o adquirente do produto ou do serviço, mas também aqueles que são vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, vítimas do fato do produto e do serviço (acidentes de consumo), sejam ou não compradoras ou destinatárias finais. É uma definição para relações de consumo contratuais ou extracontratuais, individuais ou coletivas²⁴.

No CDC, não há diferença entre adquirente de produtos e usuários de produtos, nem entre o objeto da relação de consumo, se uso de produtos ou uso de serviços. Por isso, determinar quem é consumidor é uma atividade complexa que deve ser analisada

²¹ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

²² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01out2014.

²³ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

detalhadamente²⁵. Há três teorias principais que buscam definir quem pode ser considerado consumidor e quais características esse sujeito deve ter para ser considerado como tal. São elas: teoria finalista, teoria maximalista e teoria do finalismo aprofundado.

1.3.1 Teoria Finalista e Teoria Maximalista

O art. 2º do CDC²⁶ demonstra que o legislador brasileiro adotou uma definição mais objetiva de consumidor ao dispor que “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”²⁷. A expressão “destinatário final” é a única característica que restringe a ampla noção de consumidor. Porém, não responde satisfatoriamente o que seria adquirir produto ou serviço como destinatário final, uma vez que se questiona se o destinatário final pode ser o profissional que adquire o produto com a finalidade de usá-lo em sua atividade lucrativa²⁸.

A respeito das discussões acerca do conceito de consumidor, o citado artigo utiliza ainda o termo “adquirir”, sendo este interpretado da forma mais ampla possível para que abranja, inclusive, a obtenção de bens e serviços não somente de forma onerosa, mas também de forma gratuita²⁹. É o exemplo da pessoa que vai ao supermercado e deixa seu carro no estacionamento gratuito do estabelecimento. O fornecedor, no caso o supermercado, não cobra diretamente pela guarda do carro, isso não quer dizer que ele não tenha responsabilidade alguma quanto a eventuais prejuízos causados ao carro no momento em que ele se encontrava estacionado. O serviço, nesse caso, é prestado de forma indireta.

De outro lado, temos também aquele que não adquire o bem, mas o utiliza, estando exposto a eventuais defeitos do produto ou serviço. Assim, quando uma pessoa compra cerveja para servir em uma festa para seus amigos, estes serão considerados consumidores daquele produto, mesmo não o tendo adquirido³⁰. Portanto, percebe-se que a lei quis tutelar não somente aquele que adquiriu o produto, ou seja, pagou por ele, mas também aqueles que o consomem mesmo não o tendo comprado.

²⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

²⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01out2014.

²⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

²⁹ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

³⁰ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

Em razão de todas essas discussões a respeito do conceito de consumidor e, na tentativa, de solucionar esses questionamentos, duas correntes doutrinárias se propuseram a estudar a definição de consumidor e conseqüentemente o campo de aplicação do CDC: os finalistas e maximalistas³¹.

Os finalistas entendem que a tutela ao consumidor somente existe em razão de sua condição de destinatário finais fáticos dos serviços ou produtos. Dessa forma, consideram extremamente importante delimitar claramente quem merece e quem não merece essa proteção³². Entenderam, portanto, que a expressão “destinatário final” deve ser interpretada de forma restritiva, de acordo com os princípios do CDC (arts. 4º e 6º)³³.

Consoante a esse entendimento da corrente finalista, José Geraldo Brito, um dos autores do anteprojeto do Código, afirma que o conceito de consumidor descrito pelo Código é exclusivamente de caráter econômico. Dessa forma, leva-se em consideração o sujeito que atua no mercado de consumo adquirindo bens e serviços como destinatário final, entendendo-se destinatário final como aquele que adquire o bem ou serviço para atender necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial³⁴.

Portanto, destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico³⁵ do bem ou serviço, podendo ser pessoa física ou jurídica. Entendendo-se como destinatário final fático aquele que ocupa o último lugar na cadeia de consumo, não havendo depois dele ninguém a ser transmitido o bem ou o serviço. Também destinatário final econômico do bem seria aquele que o adquira sem intenção de lucro, repasse ou transmissão onerosa³⁶. Não se pode adquirir o bem para revenda ou para uso profissional, pois ele estaria sendo usado novamente como instrumento de produção. Se isso ocorrer, não haverá destinatário final do produto ou do serviço, mas um consumo intermediário destinado ainda a produto final³⁷.

³¹ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

³² BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

³³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01out2014.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

³⁶ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

³⁷ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

Poderia o juiz reconhecer a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou de um profissional que adquire um produto fora do seu campo de especialidade. Para que isso aconteça é necessário que a pessoa jurídica comprove sua posição de vulnerabilidade em juízo, enquanto que a pessoa física tem sua vulnerabilidade presumida³⁸. Nesse sentido, destaca-se o pensamento de José Geraldo Brito Filomeno³⁹:

“Embora, em princípio, repita-se, não se conceba a pessoa jurídica como consumidora, a realidade é que o próprio texto legal sob análise assim dispôs. Fá-lo, todavia, de maneira limitada, não apenas em decorrência do princípio da vulnerabilidade da pessoa jurídica-consumidora, tal como a pessoa física, como também pela utilização não profissional dos produtos e serviços”.

Cuida-se, portanto, de uma análise ao caso concreto.

Portanto, a interpretação do art. 2º do CDC deve ser feita de maneira restrita, ou seja, a figura do consumidor se limita àquele que adquire (utiliza) um produto ou um serviço para uso próprio ou de sua família. Assim, consumidor não pode ser o profissional que utiliza o produto ou serviço como meio de produção de sua atividade lucrativa, pois o CDC é um código de proteção ao grupo da sociedade considerado vulnerável.

Por outro lado, os maximalistas entendem o CDC como uma norma para regulamentar o mercado de consumo brasileiro de forma ampla e não somente proteger o consumidor. O Código de Defesa do Consumidor, segundo a teoria maximalista, serviria para instituir normas e princípios destinados a regulamentar todos os agentes do mercado, que atuam ora como consumidores, ora como fornecedores⁴⁰.

Para essa teoria, é necessário que o art. 2º do CDC seja interpretado de forma ampla e puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica adquire o bem ou o serviço para fins lucrativos, podendo, inclusive, consumidor e fornecedor assumirem os papéis um do outro na relação de consumo. Segundo essa teoria, o destinatário final é aquele que retira o bem ou o serviço do mercado e o utiliza⁴¹.

³⁸ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

⁴⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

O problema dessa teoria é que ela protege quem já recebeu proteção por outros diplomas legais. O fornecedor e o profissional comprador já receberam proteção do Código Civil e do Código Comercial, estender a esses agentes a proteção do CDC é o mesmo que retirar o caráter especial que esse código busca dar aos consumidores, pólo vulnerável na relação⁴². Cabe ao Direito Civil, consubstanciado na lei 10.406/02⁴³, regulamentar por meio do seu livro “Direito de Empresa” as relações que envolvam sociedade empresárias quando não caracterizada a vulnerabilidade, conforme o caso concreto⁴⁴.

Outra crítica que se faz a essa teoria é que o bem ou o serviço adquirido por uma empresa não pode participar da cadeia produtiva da atividade empresarial, pois, se assim ocorresse, não faria sentido algum a expressão “destinatário final” no conceito dado pelo art. 2º do CDC. Além disso, a vulnerabilidade econômica do consumidor perante o fornecedor é levada em consideração para distinção de uma relação de consumo e uma relação empresarial⁴⁵.

Destaca-se que a Teoria Maximalista é um entendimento ultrapassado, não sendo mais utilizado no nosso ordenamento jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se favorável a teoria finalista, criando o finalismo aprofundado com base na noção de maior vulnerabilidade. Esse é o critério utilizado pelo Tribunal para extensão do conceito de consumidor às pessoas jurídicas.

1.3.2 O Finalismo Aprofundado e a noção de vulnerabilidade no CDC

Após a entrada em vigor de Código Civil de 2002, cresceu uma nova tendência na jurisprudência, principalmente do STF, concentrada na noção de consumidor final imediato e de vulnerabilidade, o que poderíamos denominar de finalismo aprofundado. O conceito chave para estudo dessa teoria é a questão da vulnerabilidade, ou seja, uma pequena empresa que compra algum produto fora da sua área de especialização econômica pode ser considerada

⁴² BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁴³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01out2014.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

vulnerável e destinatária final de consumo, beneficiando-se da tutela que o CDC concede ao consumidor⁴⁶.

Essa teoria deve ser utilizada quando a relação envolver pessoa jurídica que utiliza o bem ou serviço adquirido fora da área de sua especialidade. Configurada a vulnerabilidade da empresa, pode ser considerada destinatária final da relação, recebendo a tutela do Código de Defesa do Consumidor. Para utilização dessa teoria, o ponto central é a caracterização da vulnerabilidade, sendo esta:

“Uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”⁴⁷

Cumprе destacar que o Código do Consumidor expressamente colocou o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo como um princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo (inciso I, art. 4º do CDC)⁴⁸. Conforme ensinamento de José Geraldo Brito Filomeno⁴⁹, essas políticas buscam harmonizar as relações de consumo, atendendo as necessidades do consumidor, sujeito que propicia o lucro e subsidiam os investimentos dos fornecedores.

A vulnerabilidade pode ser de três tipos: técnica, jurídica, fática⁵⁰. A vulnerabilidade informacional é uma espécie que está intrínseca ao consumidor. O STJ concorda com essa classificação e acrescenta ainda que existem outras formas de vulnerabilidade que podem dar ensejo à aplicação do CDC.

A vulnerabilidade técnica diz respeito ao não conhecimento específico por parte do consumidor do objeto que está adquirindo ou do serviço que está sendo prestado. Nesse caso, ele poderá ser facilmente enganado quanto às características do bem e quanto ao seu uso. O CDC entende que essa espécie de vulnerabilidade é presumida para o consumidor

⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01out2014.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

não profissional, mas pode ser aplicada ao consumidor profissional de forma excepcional, necessitando de prova *in concreto*⁵¹.

Para ser considerada consumidora, a pessoa jurídica deve utilizar o bem ou serviço em benefício próprio, para satisfação de necessidades pessoais, sem a intenção de repassá-los a terceiros nem com a intenção de empregá-los na produção de outros bens e na prestação de outros serviços. Dessa forma, a empresa que contrata um seguro para proteção de seu patrimônio, por exemplo, enquadra-se como destinatária final do serviço e, logo, consumidora⁵².

Portanto, essa vulnerabilidade está relacionada à expertise, ou seja, deve-se analisar e restar comprovado se há ou não profissionalidade do agente, sobre o produto ou serviço prestado. Conforme as ponderações do Fábio Konder Comparato, citadas por Jose Geraldo Brito Filomeno⁵³

“Consumidor certamente é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, deve se submeter ao poder dos titulares destes, concluindo que, por conseguinte, consumidor é, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, dos empresários”.

A vulnerabilidade jurídica ou científica é a falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos. Essa vulnerabilidade é presumida para o consumidor pessoa física não profissional, segundo o sistema do CDC. A presunção da pessoa jurídica e do profissional é contrária, pois para exercerem suas profissões, eles necessariamente devem possuir esses conhecimentos, ainda que de forma mínima e superficial⁵⁴. Essa presunção de vulnerabilidade jurídica por parte do consumidor pessoa física não profissional gera para o fornecedor o dever de prestar informação sobre o produto, o serviço e o conteúdo do contrato.

Como já dito, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como princípio norteador da Política Nacional de Relações de Consumo, faz com que, diante dessa vulnerabilidade jurídica presumida do consumidor pessoa física, seu acesso aos instrumentos

⁵¹ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁵² BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 97.

⁵⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

de defesa sejam facilitados, conforme se verifica com o estabelecimento da responsabilidade objetiva, aliada à possibilidade de inversão do ônus da prova. Esses são exemplos que demonstram a preocupação e a conscientização do legislador quanto à inacessibilidade do consumidor aos instrumentos jurídicos necessários a defesa dos seus direitos⁵⁵.

Há ainda a vulnerabilidade fática ou socioeconômica que leva em consideração o grande poder econômico ou a essencialidade do serviço prestado pelo fornecedor, que impõe essa superioridade fática a todos que com ele contratam⁵⁶. Essa vulnerabilidade é claramente verificada nos contratos de adesão em que o consumidor se submete às condições impostas pelo contrato, não tendo poder para modificar as cláusulas que nele se encontram.

A hipossuficiência é também uma forma de vulnerabilidade processual defendida pela doutrina brasileira e nada mais é do que uma graduação econômica da vulnerabilidade em direito material⁵⁷. A hipossuficiência é um conceito fático, não jurídico, fundado em uma disparidade notada no caso concreto. Dessa forma, o consumidor presume-se vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente⁵⁸.

O conceito de hipossuficiência não se limita a dizer quem é pobre ou sem recursos, aplicáveis aos casos de concessão de gratuidade justiça. Dentro do Direito do Consumidor, é tratado de forma ampla, pois a hipossuficiência deve ser analisada caso a caso, no sentido de reconhecer a diferença técnica ou informacional, diante de uma situação desconhecida⁵⁹.

Da hipossuficiência nasce alguns benefícios ao consumidor como, por exemplo, a inversão do ônus da prova, conforme se depreende do inciso VIII, art. 6º, do CDC⁶⁰. Portanto, destaca-se que a diferença entre hipossuficiência e vulnerabilidade está no

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

⁵⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁸ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 35.

⁵⁹ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 35.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01out2014.

fato de que esta é um conceito jurídico indeclinável que justifica toda a proteção prevista pelo Código de Proteção⁶¹.

Podemos afirmar, em suma, que o ponto principal para a aplicação do CDC, diante da teoria do finalismo aprofundado, é o exame detalhado e profundo da vulnerabilidade em todos os seus aspectos.

Por fim, é importante destacar a vulnerabilidade informacional que é intrínseca ao consumidor. O fornecedor é o detentor da informação, pois como já dito anteriormente é quem tem a superioridade técnica e jurídica na relação de consumo. Desta forma, cabe a ele prestar todas as informações necessárias e adequadas para que o consumidor tenha plena capacidade de compreender o produto que está adquirindo ou o serviço que está contratando. A informação é essencial à formação do contrato, está intimamente ligada a sua boa-fé⁶².

Nesse sentido, a jurisprudência já vem firmando entendimento de que aqueles que não prestam a informação adequada ao consumidor na hora de vender um produto ou prestar um serviço estão sujeitos às sanções previstas no CDC.

1.3.3 Os consumidores equiparados

O parágrafo único do art. 2º do CDC⁶³ diz que são consumidores equiparados “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. São considerados consumidores equiparados todos aqueles que de alguma forma sofrem com o fato do serviço, ou seja, as vítimas de um acidente de avião, por exemplo, que cai em uma rua por defeito do serviço⁶⁴.

Esse dispositivo se destina não apenas ao consumidor individualizado, mas à coletividade de potenciais consumidores, ainda que não possam ser individualmente identificados. Essa ideia fica mais clara quando tratamos de interesses difusos, entendidos como interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Um exemplo dessa situação, encontramos

⁶¹ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 36.

⁶² ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 36.

⁶³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01out2014.

⁶⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

quando é veiculada, nos meios de comunicação, propaganda de um produto com informações falsas e enganosas, causando prejuízo a uma quantidade enorme de consumidores do produto⁶⁵.

A forma mais genérica de equiparação é a prevista no parágrafo único do art. 2º do CDC. Assim, a pessoa não participante da relação de consumo, ou seja, não sendo consumidora *stricto sensu*, mas que sofre um dano pelo fato do produto (defeito), é considerada consumidora equiparada, beneficiando-se de todas as normas protetivas do CDC.

O art. 17⁶⁶ complementa o enunciado do parágrafo único do art. 2º do CDC ao dizer que “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Conclui-se, deste dispositivo legal, que basta ser vítima de algum defeito do produto ou serviço para que a pessoa seja protegida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Não há necessidade, portanto, que a pessoa seja destinatária final do produto, mas somente que ela sofra um dano em decorrência do defeito ou vício do produto ou serviço. É importante destacar que, nesses casos, a responsabilidade do fornecedor é do tipo objetiva⁶⁷.

Consoante a esse entendimento, o STJ deu provimento a um recurso especial, em 2006, no caso em que uma aeronave que realizava serviço de transporte de malotes caiu sobre a casa de uma pessoa não participante dessa relação de serviço. O Egrégio Tribunal aplicou o dispositivo previsto no parágrafo único do art. 2º juntamente ao art. 17, ambos do Código de Defesa do Consumidor⁶⁸.

Diante das práticas prejudiciais do fornecedor no mercado, o CDC utilizou o conceito de “consumidor equiparado” para estender o conceito de consumidor *stricto sensu*,

⁶⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01out2014.

⁶⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. I - Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, "... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Abrandamento do rigor técnico do critério finalista. II - Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso especial provido. *Resp.* 540.235/TO. Terceira Turma. Recorrente: Emílio Athiê. Recorrido: Oliveira Silva Táxi Aéreo LTDA. Relator: Ministro CASTRO FILHO. Brasília, 07 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=540235&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em 30 setembro 2014.

abrangendo aquelas pessoas que, mesmo não agindo de forma direta na relação de consumo, estavam sofrendo prejuízos dela decorrentes, ocupando uma posição de vulnerabilidade. Dessa forma, coube ao legislador prever a proteção dessas pessoas.

De forma análoga, o art. 29 do CDC⁶⁹ determina que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Esse dispositivo nos permite afirmar que a ideia de consumidor equiparado não se trata de mera equiparação eventual, mas, uma vez existindo prática comercial, toda a coletividade de pessoas está exposta a riscos, mesmo que nenhum consumidor venha posteriormente insurgir-se contra tal prática⁷⁰.

“Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial⁷¹”.

Portanto, é entendimento pacífico e consolidado no STJ que a noção de consumidor de forma ampla abarca não somente o consumidor *stricto sensu*, participante direto da relação de consumo, mas também aquele que sofre as consequências do evento danoso em função do mal funcionamento do produto ou da má prestação do serviço.

1.4 As definições de fornecedor.

O art. 3º do CDC traz a definição de fornecedor da seguinte forma:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços”⁷².

Trata-se de uma definição de fornecedor *stricto sensu*.

Nesse conceito legal não há exclusão de nenhum tipo de pessoa jurídica, podendo ser fornecedores pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras,

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01out2014.

⁷⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁷¹ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

⁷² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01out2014.

com sede ou não no país, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração Direta etc.

A definição de fornecedor do CDC exige que esse (tanto fornecedor pessoa física quanto o fornecedor pessoa jurídica) haja de forma profissional e com certa habitualidade (regular ou eventualmente, em determinadas épocas do ano, por exemplo). Estas características são importantes, pois é necessário excluir do campo de aplicação do CDC relações já regulamentadas pelo Código Civil de 2002⁷³.

Existe polêmica quanto ao reconhecimento do fornecedor que vende um produto totalmente alheio a sua especialidade, ou seja, uma agência de turismo que vende um carro, por exemplo⁷⁴. Nesse caso, o STJ entendeu de forma negativa a aplicação do CDC. Isso ocorre, pois a simples venda de produtos sem caráter de atividade regular ou eventual não caracteriza a relação jurídica como relação de consumo, podendo ser essa relação ser regulamentada pela legislação comum⁷⁵. Como exemplo, cita-se o caso de uma lanchonete que vende seu micro-ondas usado para comprar um micro-ondas novo. Embora haja um destinatário final do produto, não há como afirmar que se trata de relação de consumo, pois, nesse caso, a lanchonete de roupas não está agindo como fornecedora⁷⁶.

Dessa forma, conclui-se que definir o que é uma relação de consumo com base nos seus elementos subjetivos, consumidor e fornecedor, é importante para se ter certeza quanto à aplicação ou não das normas de proteção do CDC.

Também é importante destacar que não se caracteriza fornecedor pelo fim de obter lucro. Portanto, pode uma entidade sem fins lucrativos ser considerada fornecedora uma

⁷³ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁷⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. I – as normas de Código de Defesa do Consumidor não se aplicam as relações de compra e venda de objeto totalmente diferente daquele que não se reveste da natureza do comércio exercido pelo vendedor. No caso, uma agência de viagem. Assim, quem vendeu o veículo não pode ser considerado fornecedor a luz do CDC. II – Os dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa de Processo Civil não foram objeto de deliberação pelo Acórdão recorrido que julgou a causa a luz do Código de Defesa do Consumidor. III – Agravo Regimental Improvido. *AgRg no Ag 150.829/DF*. Terceira Turma. Agravante: Eduardo Augusto Marinho. Agravado: Trans D J Transportes Gerais LTDA. Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER. Brasília, 19 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=150829&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4#DOC4>>. Acesso em 29 setembro 2014.

⁷⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

vez que o fornecedor se caracteriza por exercer a atividade com habitualidade e profissionalidade, mesmo que não haja o interesse lucrativo. Exemplo disso são as fundações públicas, entidades da Administração Pública indireta de direito público que prestam serviços públicos e não possuem finalidade lucrativa.

Com relação à prestação de serviços, exige o CDC que seja uma atividade exercida com habitualidade, mas não há necessidade que o fornecedor seja um profissional. Percebe-se, assim, que o legislador pretendeu dar um sentido bem amplo ao fornecedor prestador de serviços, não o vinculando a características muito específicas. Outro ponto importante, é que se exige da prestação de serviço uma remuneração, entendida pelo STJ de forma ampla como sendo o ganho direto e indireto do fornecedor.

Como já falado, o legislador considera como fornecedor todo aquele que participa da cadeia de fornecimento de produtos e fornecimento de serviço, não levando em consideração se sua relação com o consumidor é direta ou indireta, contratual ou extracontratual. Assim, o CDC se preocupou em estabelecer a responsabilidade solidária entre todos aqueles que de certa forma participaram da cadeia de fornecimento, ou seja, todos que causarem um dano relacionado à relação de consumo responderão solidariamente, cada um assumindo a responsabilidade que lhe cabe pelo prejuízo causado⁷⁷.

1.5 Produto e Serviço

O §1º do art. 3º⁷⁸ do Código de Defesa do Consumidor conceitua produto como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, no mercado de consumo.

O conceito de produto está estritamente ligado à ideia de bem, resultado da produção no mercado de consumo⁷⁹.

O bem móvel é aquele que pode ser transportado de um lugar para outro sem colocar em risco sua integridade, como um automóvel, objeto de um contrato de compra e venda, por exemplo. Já o bem imóvel é aquele que não pode ser transferido de um lugar a

⁷⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01out2014.

⁷⁹ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

outro sem prejuízo de sua integridade. Exemplo que pode ser dado de bem imóvel é um apartamento, que pode ser objeto de uma relação de consumo⁸⁰.

Também segundo a definição do dispositivo legal acima citado, o bem pode ser material (corpóreo ou tangível) ou imaterial (incorpóreo ou intangível). Como bens materiais, temos os exemplos já utilizados, automóvel e um apartamento. Já os bens imateriais são de difícil caracterização. No entanto, a doutrina cita como exemplo de bem imaterial o lazer. Dessa forma, quando um torcedor vai a um jogo de futebol e o estádio, devido a sua má conservação, gera danos aos torcedores com a queda do alambrado, por exemplo, estaríamos diante de uma relação de consumo entre os torcedores e o estádio, devendo este assumir a responsabilidade pelo dano causado. Outro exemplo é a casa noturna que, de forma negligente, permite a entrada de uma pessoa armada no estabelecimento e esta acaba gerando disparando tiros contra os demais frequentadores do local. Nesse caso, também há responsabilidade da casa noturna com relação às pessoas que sofrerem o dano, aplicando-se as normas consumeristas⁸¹.

Um escritório de advocacia que compra programas de computador ou softwares para utilizar em sua atividade profissional diária pode ser tutelado pelo Direito Consumerista com base na teoria do finalismo aprofundado. Também é um exemplo de bem imaterial⁸².

Com relação ao serviço, o §2º do art. 3º⁸³ da Lei 8078/90 estabelece que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Embora o dispositivo mencione a remuneração, dando a ideia de caráter oneroso ao negócio, mesmo que o prestador obtenha vantagens de forma indireta, não desconfigura a prestação do serviço e a relação de consumo⁸⁴. Assim, um mercado que

⁸⁰ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

⁸¹ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

⁸² ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

⁸³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01out2014.

⁸⁴ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

disponibiliza um estacionamento gratuito com o objetivo de captar clientes tem o dever de guarda e vigilância quanto aos carros, mesmo que diretamente não haja uma contraprestação por parte dos clientes quanto ao uso do estacionamento⁸⁵. O conceito de consumidor equiparado nos ajuda a determinar a responsabilidade do mercado no exemplo acima citado e em demais casos.

Os serviços também poderiam ser classificados como serviços duráveis e serviços não duráveis. Serviço não durável é aquele que se esgota com uma única ação como, por exemplo, serviços de transporte, hospedagem, dentre outros. Já os serviços duráveis são aqueles que têm uma continuidade no tempo em razão de uma determinação contratual (prestação de ensino escolar, por exemplo). Serviços duráveis também podem ser aqueles que, embora sejam tipicamente duráveis e não se tenha uma determinação contratual de continuidade, deixam como resultado um produto. É o caso, por exemplo, dos serviços de assistência técnica⁸⁶.

⁸⁵ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

⁸⁶ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1 Contrato Administrativo *versus* Contrato da Administração.

A Administração Pública celebra diversos tipos de contrato, uns regidos pelo direito público e outros regidos pelo direito privado. A essa generalidade de contratos dá-se o nome de contratos da administração. O contrato administrativo é uma expressão que designa o ajuste feito pela Administração, na qualidade de Poder Público, com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para consecução de fins públicos, estando submetida eminentemente ao regime jurídico de direito público⁸⁷. A verticalidade é uma característica específica desse tipo de contrato, visto que quando a Administração age na qualidade de Poder Público, ela exerce sobre o particular o seu poder de império, não ocupando uma posição de paridade com ele⁸⁸.

Há controvérsias entre os doutrinadores a respeito dos contratos administrativos⁸⁹. Entretanto, a corrente majoritária é a que entende que os contratos administrativos são espécies do gênero contrato, com regime de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.

O regime jurídico administrativo confere à Administração Pública prerrogativas e sujeições. As prerrogativas fazem com que a Administração ocupe uma posição de supremacia sobre o particular. As sujeições são limitações impostas à atuação administrativa, para que não haja desvio das finalidades públicas e desrespeito aos direitos dos cidadãos⁹⁰.

Em relação às sujeições, a Administração, tanto quando realiza um contrato de direito privado quanto quando realiza um contrato tipicamente administrativo, deve obedecer as exigências de forma, procedimento, competência e finalidade definidos pela lei⁹¹.

Quanto às prerrogativas, as diferenças entre contrato de direito privado e contrato administrativo são marcantes. Essas prerrogativas são previstas por meio das

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

⁹¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

cláusulas exorbitantes (privilégio ou prerrogativa)⁹². Podem ser entendidas como cláusulas não comuns, ou até mesmo ilícitas, nos contratos entre particulares por concederem a uma das partes privilégios em relação outra⁹³. Essas cláusulas exorbitantes não precisam estar expressamente previstas nos contratos administrativos realizados pela Administração, ou seja, são cláusulas implícitas por serem indispensáveis à garantia da posição de supremacia da Administração Pública sobre o particular e a prevalência do interesse público sobre o particular⁹⁴.

Outra diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado é quanto ao objeto. O contrato administrativo visa a prestação de serviço público em seu sentido amplo, ou seja, toda atividade que o Estado assume por acreditar que sua realização era de interesse geral e a iniciativa privada não se mostrou hábil a prestar o serviço da forma mais adequada⁹⁵. Também é objeto do contrato administrativo a utilização por particulares de bem público de uso comum ou uso especial, pois sendo bens que sofrem afetação pública não podem ser alienados, devendo, portanto, ser regidos pelo direito público⁹⁶.

Por fim, outra característica que qualifica o contrato como contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato. O particular age no sentido de atingir seu interesse individual. A Administração Pública, no entanto, quer atender um interesse geral. Para isso, ela deve utilizar seu poder de império, pois nessas situações o interesse geral prevalecerá sobre o interesse do particular. No entanto, isso só será possível sob a aplicação do regime jurídico administrativo⁹⁷.

2.2 O Contrato Administrativo segundo a Lei nº 8.666 de 1993.

A Constituição Federal de 1988 previu as normas gerais de licitação e contratação como competência legislativa privativa da União, conforme se depreende do

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

inciso XXVII, art. 22⁹⁸, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19. Dessa forma, cabem aos Estados e aos Municípios estabelecerem apenas normas suplementares⁹⁹.

Assim, a Lei 8.666/93¹⁰⁰ regulamenta a disposição prevista no art. 37, inciso XXI¹⁰¹, da Constituição Federal de 1988 que prevê a obrigatoriedade de licitação prévia para os contratos de obras, serviços e fornecimento, estabelecendo normas que se aplicam a todas as esferas do governo, disciplinando todos os contratos administrativos.

2.3 Características dos Contratos Administrativos

Tendo em vista os contratos administrativos no seu sentido mais estrito, ou seja, somente aqueles contratos em que a Administração age como parte, submetendo-se ao regime jurídico público, derogatório e exorbitante do direito comum, podem ser destacadas as seguintes características: presença da Administração Pública como Poder Público, finalidade pública, obediência à forma prescrita em lei, procedimento legal, natureza de contrato de adesão, natureza *intuitu personae*, presença de cláusulas exorbitantes, mutabilidade¹⁰².

A finalidade pública diz respeito ao interesse público presente em toda atuação da Administração. Caso contrário, a Administração Pública estaria agindo com desvio de poder.

A forma é essencial à validade do contrato, não somente em benefício do interessado, mas também da própria Administração Pública. A Lei 8.666/93 estabelece uma série de normas referentes ao aspecto formal dos contratos. As regras variam de acordo com a natureza do objeto do contrato, podendo inclusive haver diferenças quanto a prazo, forma de execução, condição de abertura do procedimento licitatório, entre outras¹⁰³. Como exemplo, temos que o contrato relativo a direitos reais sobre bens imóveis exige a escritura pública e

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

nos contratos originados da modalidade concorrência é obrigatório apresentação do termo de contrato¹⁰⁴.

Com relação ao procedimento legal, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece determinados procedimentos obrigatórios à celebração do contrato, podendo esses procedimentos variar de acordo com a modalidade licitatória que se pretenda realizar. Esses procedimentos dizem respeito a autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recurso orçamentários e licitação¹⁰⁵.

A própria Constituição Federal prevê em alguns de seus dispositivos a obrigatoriedade de determinados procedimentos como, por exemplo, o art. 37, inciso XXI¹⁰⁶, que exige licitação prévia para celebração de contratos de obras, serviços, compras e alienações.

Dentre os procedimentos obrigatórios, temos a fixação do prazo do contrato, não podendo, em regra, ultrapassar o exercício financeiro, e também a obrigatoriedade de verificação da existência de verbas para custeio do contrato e das despesas dele provenientes¹⁰⁷.

Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Por essa razão, diz-se o contrato administrativo um contrato de adesão. Isso ocorre, pois é a Administração quem faz a oferta e determina as condições em que o serviço deverá ser prestado ou a qualidade do produto que será adquirido. Assim, os licitantes devem adequar suas propostas às exigências feitas pela Administração Pública. Mesmo nos casos em que não há licitação prévia a contratação, é a Administração quem estabelece as cláusulas contratuais¹⁰⁸.

Um ponto importante quanto às características dos contratos administrativos é com relação a sua natureza *intuitu personae*. Isso quer dizer que os contratos são firmados em razão de condições pessoais do contratado, verificadas no procedimento licitatório¹⁰⁹.

¹⁰⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

¹⁰⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

Exemplo disso encontramos no art. 78, inciso VI, Lei 8.666/93¹¹⁰ que proíbe a subcontratação de uma empresa pelo licitante vencedor para execução do serviço, objeto do contrato firmado. Isso somente será possível se expressamente previsto no edital. O desrespeito a essa natureza contratual gera para o contratado medidas sancionatórias, tais como a rescisão unilateral do contrato e até mesmo sanções administrativas, a depender do caso¹¹¹.

As cláusulas exorbitantes são cláusulas que conferem prerrogativa a uma das partes contratuais (no caso, a Administração), não sendo comuns ou até mesmo ilícitas em contratos celebrados sob a égide do direito comum¹¹². A presença dessas cláusulas coloca a Administração Pública em uma posição de supremacia em relação ao contratado. As principais cláusulas exorbitantes são: exigência de garantia, alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de penalidades, anulação, retomada do objeto, restrições ao uso do *exceptio non adimpleti contractus*¹¹³.

Por fim, a mutabilidade é uma característica decorrente da presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. Segundo essa característica, pode a Administração modificar unilateralmente as cláusulas contratuais ou simplesmente rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, conforme o interesse público que impera no momento. Cabe à Administração, no entanto, sempre que possível, buscar um equilíbrio material no contrato, não gerando prejuízos ao contratado em razão das modificações realizadas¹¹⁴.

Toda essa instabilidade do contrato administrativo faz com que o equilíbrio contratual se rompa com muita facilidade, gerando insegurança ao contratado. São vários os riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração, dentre eles: força maior, risco empresarial devido à flutuação do mercado, risco administrativo, abrangendo a alteração unilateral do contrato, o fato do príncipe e o fato da administração; e, por fim, o risco econômico (teoria da imprevisão). Cabe a Administração, em qualquer dos casos citados, zelar pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro¹¹⁵.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010, p. 217.

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

Em outros termos, a doutrina aponta também como características ¹¹⁶ : formalismo, não bastando o consenso das partes, mas também a observância de requisitos internos e externos; comutatividade que é a equivalência entre as obrigações; confiança recíproca (*intuito personae*), tendo em vista que o contratado é aquele que apresentou melhor proposta; e, bilateralidade no sentido de que o contrato administrativo impõe obrigações para ambas as partes ¹¹⁷.

2.4 Das Cláusulas Exorbitantes.

Conforme mencionado acima, as cláusulas exorbitantes são aquelas cláusulas que conferem à Administração Pública uma posição de supremacia em relação ao particular, em razão dos privilégios que lhe são conferidos para que haja satisfação do interesse comum ¹¹⁸. São cláusulas que excedem o Direito Comum para conferir uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado ¹¹⁹. Vejamos de forma mais detalhada as principais cláusulas já mencionadas.

A prestação de garantia serve para assegurar a execução do contrato ¹²⁰. A lei faculta à Administração Pública a sua exigência apenas em face do licitante vencedor. Cabe a este a escolha da garantia que deverá prestar, dentre as modalidades previstas na lei (art. 56, §1º, da Lei 8.666/93) ¹²¹. A exigência de garantia deve estar prevista no edital ou no convite do procedimento licitatório e, quando prestada, será liberada após a execução integral do contrato ¹²².

A alteração unilateral do contrato (inciso I do art. 58 da Lei 8.666/93) ¹²³ está relacionada à importância dada às finalidades de interesse público que sempre devem ser

¹¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹²⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

¹²¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹²³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

asseguradas pelo Poder Público. Assim, conforme determinação do inciso I, do art. 65¹²⁴, da Lei de Licitação e Contratos Administrativos, a Administração poderá proceder à alteração unilateral do contrato quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; e, quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto¹²⁵.

O uso dessa prerrogativa exige que a da Administração Pública justifique a alteração, apontado o interesse público que ensejou a necessidade da modificação; respeite à natureza jurídica do contrato e de seu objeto; observe e mantenha o equilíbrio econômico-financeiro entre contratado e Administração Pública¹²⁶. Por fim, a modificação unilateral do contrato é um preceito de ordem pública, não podendo renunciar o direito de exercê-lo¹²⁷.

A rescisão unilateral está prevista no inciso II do art. 58, incisos I a XII e XVII do art. 78 e art. 79, todos da Lei 8.666/93¹²⁸. Pode ocorrer quando houver inadimplemento contratual com culpa, inadimplemento contratual sem culpa, por razões de interesse público e por caso fortuito ou força maior¹²⁹.

O inadimplemento com culpa pode ocorrer em decorrência das seguintes situações: o não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, não observância de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, dentre outras hipóteses aferidas no caso concreto. Já o inadimplemento contratual sem culpa do contratado, abrange-se as situações como o desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato, falência, dissolução da sociedade, falecimento do contratado, dentre outras¹³⁰.

A fiscalização pela Administração Pública está prevista no inciso III, do art. 58 e no art. 67, ambos da Lei 8.666/93¹³¹. Este ultimo dispositivo legal determina que a execução

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014, p. 274.

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹²⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014, p. 274.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014, p. 274.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante designado pela Administração.

A aplicação de penalidades está prevista no inciso IV, do art. 58, da Lei 8.666/93¹³². Diversas são as hipóteses em que são cabíveis a sua utilização por parte da Administração Pública, dentre elas: aplicação de multa de mora no caso de atraso injustificado da execução do contrato (*caput*, art. 86, Lei 8.666/93)¹³³; advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública pelo prazo de até dois anos, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação do licitante, após ressarcimento de eventuais prejuízos à Administração (art. 87 e incisos do Estatuto Jurídico)¹³⁴.

Seria inútil se a Administração tivesse a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato, mas não tivesse o poder de aplicar sanções caso constataste a existência e infrações por parte do contratado. A aplicação de sanções resulta do princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos¹³⁵.

A prerrogativa de anulação diz respeito à possibilidade de a Administração anular o contrato em que faça parte quando constatar alguma ilegalidade¹³⁶. A anulação tem efeito retroativo, cabendo indenização ao contratado apenas se decorrer de ato ilegal exclusivo da Administração¹³⁷.

A cláusula exorbitante de retomada do objeto decorre do princípio da continuidade do serviço público, buscando assegurar a continuidade da execução do contrato, quando restar comprovado que a sua paralisação poderá ocasionar prejuízo ao interesse público e, principalmente ao serviço público essencial¹³⁸.

¹³² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹³³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014, p. 274.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

Por fim, a *Exceptio Non Adimpleti Contractus* é um instituto do direito privado que permite o descumprimento contratual pela parte sempre que a outra não cumprir ao que foi acordado¹³⁹. No direito administrativo, no entanto, não se admite que o particular interrompa a execução do contrato caso a Administração Pública não esteja cumprindo devidamente o contrato. O particular deverá requerer administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, e, enquanto não obtiver um provimento jurisdicional, dar continuidade à execução do contrato.¹⁴⁰

2.5 Espécies de Contratos administrativos

As espécies de contratos administrativos são determinadas de acordo com o objeto e peculiaridades do ajuste, pois a própria Lei 8.666/93 não determinou claramente quais seriam os contratos administrativos. Assim, o presente trabalho optou por adotar a classificação proposta pelo Professor e Doutrinador José dos Santos Carvalho Filho¹⁴¹, que divide os contratos administrativos em contratos de obras, contratos de serviços, contratos de fornecimentos (ou compras), contratos de concessão e de permissão e contratos de alienações e locações, adotando o disposto no art. 1º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos¹⁴².

Contratos de obras são contratos cujo objeto consiste na construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de determinado bem público, cuja realização se dá por execução direta ou indireta, conforme se depreende do conceito dado pelo art. 6º da Lei 8.666/93¹⁴³. Para melhor controle desse contrato, o legislador exige a realização de um projeto básico, um projeto executivo, padronização e integralidade¹⁴⁴.

O projeto básico nada mais é do que o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou serviço, objeto da licitação. Deve demonstrar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento. Tem

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁴² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁴³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

por objetivo possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (inciso IX do art. 6º, Lei 8.666/93)¹⁴⁵.

Já o projeto executivo (art. 6º, inciso X, Lei 8.666/93)¹⁴⁶ é o conjunto dos elementos necessários à execução completa da obra. Esses projetos devem obedecer ao requisito de padronização, ou seja, existem alguns pontos referentes a obras que devem sempre estar presentes quando este for o objeto do contrato¹⁴⁷.

Contratos de serviços são aqueles celebrados para a prestação de atividade destinada a obter determinada utilidade para a Administração ou para seus administrados¹⁴⁸ como, por exemplo, conserto, instalação, montagem, locação de bens, publicidade, dentre outros serviço (inciso II do art. 6º, Estatuto)¹⁴⁹. Também exige-se apresentação prévia do projeto básico e do projeto executivo.

Cumprir destacar que os serviços podem ser divididos em: serviços comuns, serviços técnicos-profissionais e serviços artísticos¹⁵⁰. São serviços comuns todos aqueles em que não se exige uma habilitação técnica específica. Contrariamente, os serviços técnicos-profissionais são aqueles em que é exigido do contratado uma habilitação legal, seja com a apresentação de formação em curso superior ou registros em órgãos legalmente determinados¹⁵¹. Por fim, os contratos de trabalhos artísticos são aqueles que visam a realização de uma obra de arte. Embora, se faça distinção entre esse tipo de serviço e os demais, os trabalhos artísticos não deixam ser um serviço técnico-profissional, pois exigem conhecimentos técnicos e profissionais de quem os executa¹⁵².

Contratos de fornecimento (ou compras) são contratos realizados para aquisição de bens móveis necessários à execução dos serviços administrativos. Em verdade,

¹⁴⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

trata-se de um contrato de compra e venda, da mesma forma como no direito privado¹⁵³ e se submete às regras por ele ditadas, apenas com a ressalva da incidência normativa própria dos contratos administrativos¹⁵⁴.

Para realização desse contrato, a Administração deve caracterizar o objeto de compra, indicar os recursos orçamentários para o seu pagamento, observar o padrão de qualidade e economicidade do produto, conforme previsão do art. 14 da Lei 8.666/93¹⁵⁵.

Os contratos de concessão e de permissão são classificados em dois grupos: concessões de serviços públicos, concessões de uso de bem público e concessão de obra pública¹⁵⁶.

As concessões de serviço público é uma forma de descentralização administrativa em que o Poder Público delega ao particular a execução de serviços públicos de sua titularidade. Esse processo de descentralização é formalizado por meio de instrumento contratual¹⁵⁷.

As concessões de uso de bem público apenas conferem ao particular o direito de uso de algum bem pertencente à pessoa de direito público. Os concessionários de uso podem utilizar o bem tanto para realizar atividade de caráter público quanto para realizar atividade de caráter privado, vai depender da destinação do bem público que lhes tiver sido autorizada¹⁵⁸.

O contrato de concessão de obra pública é aquele em que o ajuste tem como objetivo delegar ao particular a execução e a exploração de uma obra pública de interesse próprio da Administração ou de seus administrados¹⁵⁹.

¹⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁵⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

Por fim, os contratos de alienações e locações são, na visão do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho¹⁶⁰, espécies de contrato privado, “exigindo-se apenas a observância de alguns requisitos especiais *a serem cumpridos pela Administração*, sem, no entanto, descaracterizar a natureza privada do ajuste.”¹⁶¹ Embora tenha natureza privada, os contratos de alienação e locação são considerados contratos administrativos, conforme se depreende do §3º do art. 62, Lei 8.666/93¹⁶².

2.6 Licitação

A Administração Pública, visando o interesse público, precisa se valer de serviços de terceiros para realização de sua função de gestora. Tais serviços são contratados por meio da celebração de contratos administrativos, conforme já vimos anteriormente. No entanto, embora a Administração tenha todas as prerrogativas de direito público, a lei não confere a ela total liberdade de escolha para contratação de serviços e dos bens que necessita. Caso essa liberdade existisse, poderíamos muitas vezes nos deparar com escolhas impróprias e por vezes contrárias ao interesse geral da população¹⁶³.

Diante disso, o ordenamento jurídico brasileiro, obedecendo ao comando constitucional previsto no inciso XXVII do art. 22¹⁶⁴, adotou a licitação como procedimento administrativo a ser realizado antes da celebração do contrato administrativo, no qual várias propostas são apresentadas e, dentre elas, será escolhida aquela que mais se mostra vantajosa à Administração Pública e aos interesses públicos.

Entende-se licitação como um procedimento administrativo¹⁶⁵ em que a Administração Pública, por meio de seus entes e no exercício de sua função administrativa, lança um instrumento convocatório onde determina o serviço a ser prestado ou o bem a ser adquirido, abrindo possibilidade aos interessados de apresentarem suas propostas dentro dos

¹⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014, p.. 191.

¹⁶² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014, p. 237.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

critérios exigidos, e, ao final, será celebrado um contrato com aquele que apresentar uma proposta mais conveniente aos interesses delineados pela Administração¹⁶⁶.

A lei que regula as licitações é a mesma que regula os contratos administrativos, ou seja, a Lei 8.666/93 – Estatuto dos Contratos e Licitações. Assim, o Estatuto também dá o seu conceito de licitação no *caput* do art. 3º:

“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.¹⁶⁷

Percebe-se que o conceito legal de licitação determina a observância de alguns importantes princípios. Assim, o princípio da legalidade é o princípio que rege toda e qualquer atividade administrativa¹⁶⁸. Cabe ao administrador, no exercício de sua função administrativa, fazer somente aquilo que a lei impõe. Dessa forma, durante a licitação deverão ser observadas todas as regras que a lei determina para realização do procedimento.

O princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade exigem, respectivamente, que o administrador aja conforme os parâmetros éticos e trate igualmente todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica¹⁶⁹.

O princípio da igualdade, previsto de forma geral no art. 5º da Constituição Federal de 1988¹⁷⁰, determina que a Administração deve tratar igualmente todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica¹⁷¹. Mais especificamente, o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna determina que o procedimento licitatório deverá assegurar a todos os participantes igualdade de condições.

¹⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014, p. 238.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014, p. 373.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

¹⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

O princípio da publicidade determina que a licitação deve ser amplamente divulgada a fim de viabilizar a participação do maior número de pessoas possível. Isso ocorre, pois quanto maior o número de pessoas mais fácil será a seleção e consequentemente a obtenção da melhor proposta para Administração¹⁷². Este princípio também define a publicidade quanto a todos os atos da Administração praticados nas várias etapas do procedimento a fim de possibilitar a fiscalização do procedimento por parte dos interessados¹⁷³.

O princípio da probidade administrativa é um mandamento constitucional¹⁷⁴ e exige que os administradores hajam com honestidade em relação aos licitantes e também em relação à Administração, voltando toda a sua atuação ao atendimento dos interesses públicos. Caso contrário, pode o agente público sofrer sanções de natureza civil, administrativa e inclusive penal¹⁷⁵.

A vinculação ao instrumento convocatório é um princípio que determina que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas, sob pena de invalidação do procedimento e correção na via administrativa ou judicial. Esse princípio é de extrema importância tanto para o administrado quanto para a Administração Pública, pois gera para ambos a segurança quanto aos critérios de julgamento, quanto ao objetivo do procedimento e impede que haja brechas que possam levar a uma atuação imoral por partes dos licitantes e dos próprios administradores¹⁷⁶. “O edital é a lei interna do contrato” nas lições de Hely Lopes Meirelles¹⁷⁷, estendendo-se esse entendimento a todas as espécies de instrumento convocatório existentes.

O princípio do julgamento objetivo assegura aos concorrentes que os critérios de seleção previstos no edital são inafastáveis, exigindo-se sua fiel observância a fim de evitar discricionariedades na escolha das propostas¹⁷⁸.

¹⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

¹⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010, p. 285.

¹⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

Por fim, além dos princípios expressamente previstos no *caput* do art. 3º, esse dispositivo também prevê a aplicação de princípios correlatos, ou seja, princípios derivados dos expressamente previstos, em razão da matéria de que tratam. São eles: princípio da competitividade, da inalterabilidade do edital, do formalismo procedimental, da vedação à oferta de vantagens, da obrigatoriedade, da padronização, da fiscalização da licitação pelos interessados, entre outros¹⁷⁹.

2.6.1 Modalidades de Licitação

O Estatuto de Licitação e Contratos prevê cinco modalidades de licitação (art. 22, incisos I a V, Estatuto)¹⁸⁰: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão¹⁸¹.

A concorrência é a modalidade de licitação mais adequada a contratações de grande valor. É caracterizada pelo rigor quanto ao seu procedimento (acentuado formalismo) e pela ampla divulgação¹⁸². O §1º, art. 22, da Lei 8.666/93, dispõe que concorrência é a modalidade de licitação em que quaisquer interessados que preencherem os requisitos previstos no edital poderão participar. É utilizada para contratações de obras e serviços de engenharia com valor acima de R\$ 1.5000.000,00 (art. 23, I, “c”, Lei 8.666/93) e também compras e serviços com valor acima de R\$ 650.000,00 (art. 23, II, “c”, Lei 8.666/93)¹⁸³.

Também é devida quando se tratar de compra e ou alienação de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais (§3º, art. 23, Estatuto). Nesse caso, não se leva em consideração o valor do objeto do contrato, mas sim sua natureza jurídica¹⁸⁴.

A tomada de preços é a modalidade que exige que os interessados estejam previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas ou que atendam a todas as condições de cadastramento até o terceiro dia anterior à data de

¹⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

¹⁸⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014, p. 276.

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁸³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

recebimento das propostas (art. 22, §2º, Lei 8.666/93). É menos formal que a concorrência e não exige ampla divulgação¹⁸⁵. É utilizada quando houver contratação para obras e serviços de engenharia com valor de até R\$ 1.500.000,00 (art. 23, I, “b”) e para compras e serviços com valor até R\$ 650.000,00 (art. 23, II, “b”)¹⁸⁶.

A modalidade convite, prevista no §3º do art. 22, ocorre somente entre interessados do ramo pertinente ao objeto do contrato. É um procedimento simples, utilizado para contratação de obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 150.000,00 e para compras e serviços até R\$ 80.000,00 (incisos I, “c” e II, “c”, do art. 23, do Estatuto, respectivamente)¹⁸⁷.

O concurso, previsto no §4º do art. 22¹⁸⁸, Estatuto, é a modalidade que se destina à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, mediante instituição de prêmios ou remuneração.

O leilão é a modalidade entre quaisquer interessados para venda de bens móveis inservíveis para Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, bem como para a alienação de bens imóveis adquiridos pela Administração Pública por meio de procedimentos judiciais ou dação em pagamento (§5º, art. 22, da Lei 8.666/93)¹⁸⁹.

¹⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁸⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO CONSUMIDORA E A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Considerações Iniciais

Vimos até aqui que existem relações jurídicas contratuais regidas por regimes jurídicos diferentes. De um lado, temos a relação consumerista existente entre consumidor e fornecedor e, de outro, temos a relação contratual administrativa regida pelo direito público.

Cada uma das relações, embora sejam contratuais, possui suas próprias características, suas próprias teorias e suas próprias regras de definição quanto ao regime a ser aplicado.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que há casos em que a Administração Pública pode se valer também das prerrogativas do Código de Defesa do Consumidor, desde que atenda aos requisitos específicos exigidos por essa lei.

Importante destacar que essa é uma análise feita sobre o caso concreto, pois, em um primeiro momento, as relações contratuais consumeristas e as relações contratuais administrativas são relações de natureza jurídica que não se confundem.

Para os contratos administrativos, a regra é a aplicação das leis de ordem pública, como a Lei 8.666/93, mas há previsão legal de aplicação de legislações privadas de forma subsidiária, ou seja, quando as prerrogativas públicas não forem suficientes para regulamentação de determinados pontos da matéria. É o que prevê o art. 54 do diploma legal acima citado¹⁹⁰, que diz que os contratos administrativos regulam-se pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.

As principais características da Administração Pública, enquanto consumidora de um serviço serão abaixo demonstradas.

¹⁹⁰ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm >. Acesso em: 01out2014.

3.2 A Possibilidade de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às Pessoas Jurídicas

O conceito de consumidor, já analisado nesse trabalho, previsto no art. 2º do CDC diz que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Portanto, a lei não exclui a possibilidade de pessoas jurídicas serem consideradas consumidoras dentro de uma relação. Também a lei não se refere apenas às pessoas jurídicas de direito privado, tratando das pessoas jurídicas de forma geral.

A única característica que delimita a ideia de consumidor é ser este destinatário final do produto ou do serviço. A doutrina também aponta, com base no princípio previsto no inciso I do art. 4º da Lei 8.078/90, a vulnerabilidade como característica marcante desse sujeito da relação. Há discussões a respeito da possibilidade de aplicação da tutela do CDC às pessoas jurídicas. Entretanto, diante da determinação legal, coube à doutrina adotar esse entendimento em suas anotações. Observa-se o exemplo de José Geraldo Filomeno Brito:

“O critério conceitual do Código brasileiro discrepa da própria filosofia consumerista ao colocar a pessoa jurídica como também consumidora de produtos e serviços. E isto exatamente pela simples razão de que o consumidor, geralmente vulnerável como pessoa física, defronta-se com o poder econômico dos fornecedores em geral, o que não ocorre com este que, bem ou mal, grandes ou pequenos, detêm maior informação e meios de defenderem-se uns dos outros quando houver impasses e conflitos de interesses.

(...)

Todavia, como o mesmo Código do Consumidor contempla a pessoa jurídica como consumidora, a interpretação deve ser objetiva e caso a caso.”¹⁹¹

Outros autores defendem que estando configurados os elementos da relação de consumo, não se cogita qualquer discussão a respeito de tal enquadramento, é a vulnerabilidade o elemento essencial à relação de consumo. Não há relevância se a pessoa jurídica é forte ou não economicamente, pois não se pode confundir vulnerabilidade com hipossuficiência¹⁹².

Embora, em um primeiro momento, não se conceba a pessoa jurídica como consumidora, o próprio texto legal dispõe de forma contrária. É necessário, no entanto, que

¹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 31.

¹⁹² ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 73.

essa verificação se limite a análise da presença ou não das características consumeristas à pessoa jurídica, tais como: qualidade de destinatária final do produto ou serviço e, após constatada essa condição, verificar se, quanto ao objeto contratual adquirido, a pessoa jurídica se enquadra na posição de vulnerabilidade. Destaca-se que é extremamente necessário constatar a não utilização dos produtos e serviços adquiridos como meios de produção lucrativa, tendo em vista que é isto que irá determinar se a pessoa jurídica é destinatária final ou não para fins de aplicação do CDC¹⁹³.

De acordo com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a teoria do finalismo aprofundando, ou teoria finalista mitigada, para firmar seu posicionamento a respeito da possibilidade de aplicação das tutelas consumeristas às pessoas jurídicas. Conforme veremos mais adiante, esse é o posicionamento que o STJ utiliza para defender a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública.

Destaca-se, contudo, que a aplicação do CDC à pessoas jurídicas ainda não é um entendimento unânime, visto que ainda há controvérsias entre os Ministros do Superior Tribunal a respeito do tema.

No julgamento do Recurso Especial 1132642/10, a Ministra Nancy Andrighi, ao tratar do assunto explica que: as Turmas que compõem a 2ª Seção de julgamento vêm admitindo a aplicação extensiva do CDC a situações em que, embora haja atividade empresarial, constata-se a presença de vulnerabilidade de uma das partes frente à outra. Em outras palavras, a teoria do finalismo vem sendo mitigada com fulcro no art. 4º, I, do CDC, defendendo a incidência das tutelas protetivas ao consumidor em situações que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no âmbito de desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra. Considera-se, portanto, o direito do consumidor como o direito do contratante hipossuficiente à tutela jurídica diferenciada, não sendo relevante a distinção entre pessoa jurídica e pessoa física para fins de constatação de vulnerabilidade da parte¹⁹⁴.

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelas autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. I – (...). II - O entendimento da egrégia Segunda Seção é no sentido de que não se configura relação de consumo nas hipóteses em que o produto ou o serviço são alocados na prática de outra atividade produtiva. Precedentes. III – (...). IV – (...). V - Recurso especial improvido. *Resp. 1132642/PR*. Terceira Turma. Recorrente: Dirceu Palaro e outro. Recorrido: Agropecuária Oeste LTDA. Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em:

Também o Ministro Ari Pargendler, no julgamento do Recurso Especial 716877/SP, ensina que: a pessoa jurídica está inserida no conceito de consumidor por expressa disposição legal (CDC, art. 2º, *caput*). A dificuldade encontrada quanto ao entendimento dessa definição legal encontra-se no fato de se vincular a qualidade de consumidor à condição de adquirente do produto como destinatário final, sendo esta um entendimento controverso. Pode ser entendida como o uso que se dê ao produto. Dessa forma, seria consumidora a pessoa jurídica que utilizasse o produto para fins não econômicos/lucrativos. Entretanto, esse entendimento poderia reduzir a aplicação do CDC apenas às pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Por isso, a doutrina e a jurisprudência vêm ampliando a compreensão ‘destinatário final’ para aqueles que enfrentam o mercado de consumo em condição de vulnerabilidade¹⁹⁵.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas, tanto de direito público quanto de direito privado.

3.3 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública

A Administração Pública é, em sentido estrito, o conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes que o ordenamento jurídico brasileiro identifica como administração pública, não importando a atividade que exerçam. Esse é o critério formal adotado pelo Brasil. Evidentemente, a lei atribui a esse conjunto o exercício da função administrativa do Estado¹⁹⁶. Segundo o nosso ordenamento jurídico, a Administração Pública é formada pelos órgãos integrantes da Administração Pública Direta e pelas entidades da administração indireta, a saber: autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas¹⁹⁷.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1132642&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 29 setembro 2014.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido. *Resp.* 716.877/SP. Terceira Turma. Recorrente: Scania Latin América LTDA. Recorrido: Carlos Augusto dos Santos. Relator: Ministro ARI PARGENDLER. Brasília, 22 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22ARI+PARGENDLER%22%29.min.&processo=716877&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em 29 setembro 2014.

¹⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2014.

¹⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores LTDA., 2010.

Dessa forma, conforme art. 41 do Código Civil de 2002¹⁹⁸, a Administração Pública Direta, bem como as autarquias e fundações públicas são consideradas pessoas jurídicas de direito público interno. Assim, em uma primeira análise, pode-se afirmar que a Administração, como pessoa jurídica, pode se beneficiar das prerrogativas do CDC com base nos critérios de vulnerabilidade e utilidade do produto ou serviço sublinhados pelo STJ, apontados no tópico acima.

Entretanto, a primeira dificuldade é apontar em quais situações a Administração Pública é considerada destinatária final do produto ou serviço para que haja sua caracterização como pessoa jurídica consumidora, levando em consideração que, nesse caso, haverá presunção de vulnerabilidade. Entretanto, a segunda dificuldade é justamente demonstrar em quais situações haverá vulnerabilidade técnica, jurídica e fática (econômica) da Administração em uma relação negocial. Destaca-se que essas análises são feitas sob a ótica da Teoria do Finalismo Aprofundado, delineada pelo STJ.

3.3.1 A Administração Pública como Destinatária Final

Como já mencionado nesse trabalho, o CDC, ao afirmar que pessoas jurídicas podem receber sua proteção, não faz distinção entre pessoas jurídicas de direito público e direito privado. Assim, percebe-se que a lei não quis limitar sua aplicação de forma subjetiva, pois sua proteção é devida sempre que houver a caracterização de uma relação de consumo.

A definição prevista no art. 2º do Código de Proteção é puramente objetiva, não importando se a pessoa jurídica está cumprindo sua função institucional.

“Destinatário final é o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado ou que o utiliza, o consome; por exemplo: o carro adquirido para transportar o presidente da república, o cartucho da impressora da repartição ou a merenda dos alunos da escola”¹⁹⁹.

Embora, o Poder Público tenha a sua disposição uma série de prerrogativas conferidas pela Lei 8.666/93, colocando-o em uma situação de supremacia frente ao contratado, há situações em o próprio contratado, uma empresa multinacional, por exemplo, assume essa posição superior em razão de sua capacidade econômica, deixando o erário público em uma condição vulnerável.

¹⁹⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01out2014.

¹⁹⁹ JÚNIOR, José Ricardo Britto Seixas Pereira. O Poder Público como Consumidor.

Dessa forma, um Município, que tem a energia cortada nos seus órgãos públicos por falta de pagamento, pode se valer da proteção do Código de Defesa do Consumidor, conforme se depreende do Recurso Especial 588.763/MG:

ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE PAGAMENTO - CORTE - MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR.

1. A Primeira Seção já formulou entendimento uniforme, no sentido de que o não pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento.
 2. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível.
 3. Legalidade do corte para as praças, ruas, ginásios de esporte, repartições públicas, etc.
 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido parcialmente.
- (REsp 588.763/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 350).

Nesse mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE PAGAMENTO - CORTE - MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR.

1. A Primeira Seção já formulou entendimento uniforme, no sentido de que o não pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento.
 2. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível.
 3. Legalidade do corte para as praças, ruas, ginásios de esporte, etc.
 4. Recurso especial provido.
- (REsp 460.271/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 21/02/2005, página 127).

No caso acima, percebe-se o corte de energia foi realizado nas repartições públicas onde os agentes públicos exercem as atividades administrativas do Município. Dessa forma, este se configura como destinatário final desse serviço, não o utilizando para nenhuma outra finalidade a não ser para consumo próprio.

Portanto, é muito importante a caracterização da pessoa jurídica como destinatária final do produto ou serviço, pois é essa qualificação que irá defini-la como consumidora ou não. Vejamos outros exemplos.

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Mauro Campbell Marques, no julgamento do Recurso Especial 913.711/SP, afirmou que a possibilidade de

reconhecimento do Município como consumidor deve estar baseada nos critérios da Teoria do Finalismo Aprofundado, afirmando que para se enquadrar o Município no art. 2º do CDC, deve-se mitigar o conceito de consumidor nos casos de vulnerabilidade, da mesma forma como ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado²⁰⁰.

Outro exemplo é o julgamento do Recurso Especial 742.640/MG de relatoria da Ministra Eliana Calmon. Tal julgado considera que o contrato firmado entre concessionária que presta serviço de telefonia e o Poder Público tem natureza jurídica de Direito Privado, tendo em vista que o pagamento é feito por meio de tarifa. Dessa forma, os Municípios não podem ter seu serviço de telefonia suspenso, uma vez que isso configuraria uma afronta ao princípio da continuidade do serviço público. Além disso, a paralisação geraria enorme prejuízo à Administração Municipal e o enriquecimento sem causa por parte da concessionária. Houve, portanto, o reconhecimento da proteção do Código de Defesa do Consumidor ao Município que se encontrava nessa situação²⁰¹.

Portanto, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça vem firmando entendimentos no sentido de estender a aplicação do conceito de consumidor às pessoas jurídicas de direito público, desde que demonstrem sua condição destinatário final e de vulnerabilidade no caso concreto.

Também, diante da teoria da equivalência das posições jurídicas, o consumidor pode ser pessoa jurídica tanto de Direito Privado quanto de Direito Público, bastando sua

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 1. Para se enquadrar o Município no art. 2º do CDC, deve-se mitigar o conceito finalista de consumidor nos casos de vulnerabilidade, tal como ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado. 2. Pretende-se revisar o critério de quantificação da energia fornecida a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço, bem como não se extrai do acórdão recorrido uma situação de vulnerabilidade por parte do ente público. 3. (...). 4. Recurso especial provido. *Resp.* 913.711/SP. Segunda Turma. Recorrente: Companhia Paulista de Força e Luz CPFL. Recorrido: Município de Sales Oliveira. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=913711&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em 29 setembro 2014.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa. 2. Nas condições indicadas, o pagamento é contra prestação, aplicável o CDC, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso. 3. (...) 4. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível. 5. Recurso especial provido. *Resp.* 742.640/MG. Segunda Turma. Recorrente: Telemar Norte Leste S/A. Recorrido: Município de Itamogi. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON. Brasília, 06 de setembro de 2007. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=742640&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4#DOC4>>. Acesso em 29 setembro 2014.

configuração como destinatária final do serviço²⁰². Mesmo que tal aplicação ainda tenha certa polêmica e controvérsia, a doutrina juntamente a jurisprudência vem estendendo à pessoa jurídica de direito público a aplicação do CDC, principalmente no que diz respeito às questões de corte de energia elétrica em hospital e espaços públicos²⁰³.

Além disso, o próprio art. 2º do CDC não restringiu a figura do consumidor às pessoas jurídicas de direito privado, devendo-se fazer uma análise quanto à destinação final e à vulnerabilidade in concreto²⁰⁴.

3.3.2 Vulnerabilidade técnica

Essa forma de vulnerabilidade ocorre quando o destinatário final do produto ou serviço não tem conhecimentos técnicos específicos acerca do objeto contratual que está adquirindo, podendo ser facilmente enganado quanto às suas características e sua utilidade. Essa vulnerabilidade é presumida aos consumidores não profissionais.

É sabido que, quando a Administração lança um edital de licitação para contratação de obras e serviços, a Lei 8.666/93 exige que conste no edital o Projeto Básico, que é um instrumento por meio do qual se determina o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou serviço, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (art. 6º, inciso IX)²⁰⁵.

Diante disso, presume-se que a Administração não detém vulnerabilidade técnica, uma vez que ela mesmo define os métodos que deverão ser utilizados para a execução do serviço e da obra.

Entretanto, a realidade não corresponde às definições teóricas do tema. Nesse sentido, destaca-se a visão de Nelson Correa Viana:

²⁰² ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

²⁰³ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014;

²⁰⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

²⁰⁵ BRASIL. *Lei de Licitação e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 10set2014.

“Na teoria, quem define o objeto é o órgão requisitante em conjunto com a área de compras, preferencialmente por técnico com qualificação profissional pertinente às especificações do objeto, determina o art. 8º, III, "a" do Decreto Federal nº 3.555/00 e art. 9º, I, do Decreto Federal nº 5.450/2005 e art. 14, da Instrução Normativa Federal nº 02/2008.

Na prática, porém, quem define o objeto é o órgão requisitante que em conjunto com a área de compras, que normalmente não é atendida por técnico com qualificação profissional pertinente às especificações do objeto produz especificações inconsistentes, longas e confusas e que o mercado não compreende qual é o real produto que vai ser cotado”²⁰⁶.

Há outros entendimentos nesse sentido, como, por exemplo, o de Jatir Batista Cunha²⁰⁷:

“Observa-se, portanto, perfeitamente possível ao órgão ou entidade pública contratante, a despeito de sua supremacia jurídica, presumida por lei, estar numa posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor. Imagine-se a título de exemplo, a situação de uma pequena autarquia ou de uma pequena prefeitura do interior, ao contratar produtos ou serviços de alta tecnologia, com uma empresa multifuncional”.

Observa-se, portanto, que na análise feita ao caso concreto podemos perceber que há situações que, embora o Estatuto de licitação determine a especificação do objeto do contrato e os métodos de sua execução, a Administração não tem condições de fazer essa aferição diante da ausência de técnicos no seu quadro pessoal, adequando-se perfeitamente à condição de vulnerabilidade técnica.

3.3.3 Vulnerabilidade Jurídica

Vulnerabilidade jurídica é falta de conhecimentos jurídicos específicos e ausência de condições de ter acesso aos meios jurídicos.

Diante desse conceito, presumimos que a Administração Pública não possui tal vulnerabilidade, uma vez que é formada por funcionários ou servidores especializados na área jurídica, firmando sua supremacia em relação ao particular²⁰⁸.

Entretanto, assim como ocorre na vulnerabilidade técnica, não se pode presumir de forma absoluta a vulnerabilidade jurídica da Administração Pública.

²⁰⁶ VIANA, Nelson Corrêa. Os preços na licitação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3112, 8 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20811>>. Acesso em: 9 set. 2014.

²⁰⁷ CUNHA, Jair Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. **Revista do TCU**, Brasília, v.32, n.87, jan/mar 2001.

²⁰⁸ SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. A Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3837, 2 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26309>>. Acesso em: 8 set. 2014.

Adir Machado Bandeira, em seu artigo “Contratação de Serviços Advocatícios pela Administração Pública” defende a possibilidade de contratação de advogados por meio de contrato, em razão da vulnerabilidade jurídica em que muitos Municípios se encontram.

“Especialmente, nos rincões mais distantes deste país continental e nos pequenos municípios a situação mais comum é a ausência de estruturação legal da Procuradoria Municipal. Na ausência de uma Procuradoria legalmente estruturada (o que significa, em regra, violação da força normativa da Constituição), a contratação de advogado para a prestação de serviços de advocacia, assessoria e consultoria jurídica é possível.

O que normalmente ocorre no interior deste país é que as advocacias públicas municipais não estão legalmente organizadas. Nessa hipótese, ao lado da violação da Constituição por parte do gestor está a necessidade de não deixar a municipalidade desguarnecida de um serviço essencial, ordinário e contínuo”²⁰⁹.

Além disso, a Administração Pública possui uma equipe de trabalho especializada em dirimir conflitos administrativos e, talvez, trabalhistas, não sendo razoável exigir que a Administração Pública detenha conhecimentos consumeristas, visto que a regra não é a aplicação desse direito, mas sim exceção, quando verificado os pressupostos de sua aplicação no caso concreto²¹⁰.

3.3.4 Vulnerabilidade Fática (Econômica)

Conforme, já conceituado nesse trabalho a vulnerabilidade fática ou socioeconômica é a que leva em consideração o grande poder econômico ou a essencialidade do serviço prestado pelo fornecedor, impõe essa superioridade fática a todos que com ele contratam.

Alguns autores argumentam que não se pode conferir tal vulnerabilidade à Administração em razão da receita tributária a que os entes públicos arrecadam. Entretanto, as receitas vultosas que os entes auferem estão devidamente comprometidas com as despesas públicas previstas pela lei orçamentária daquele ente, não tendo a Administração Pública liberalidade quanto à aplicação desse dinheiro.

²⁰⁹ BANDEIRA, Adir Machado. Contratação de serviços advocatícios pela administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3044, 1 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20326>>. Acesso em: 10 set. 2014.

²¹⁰ SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. A Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3837, 2 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26309>>. Acesso em: 8 set. 2014.

As empresas privadas, diferentemente da Administração Pública, têm como objetivo a obtenção de lucro. Toda sua atividade é direcionada ao enriquecimento e desenvolvimento econômico da empresa. Já a Administração Pública tem como função prestar um serviço público a população.

O Poder Público, embora detenha poderio econômico muito grande, ele não pode realizar gastos sem que haja previsão orçamentária para o custeio das despesas. Nesse sentido, a Lei 8.666/93 determina que as obras e serviços somente poderão ser licitados houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes, a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma. Além disso, o objeto do contrato deve estar previsto no Plano Plurianual (art. 165 da CF/88) e não se pode incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução (art. 7º, §2º, III e §3º, Lei 8.666/93)²¹¹.

Percebe-se que, a Administração Pública é vulnerável economicamente não por não ter dinheiro, mas por não ter a mesma liberalidade de gasto que uma empresa privada possui. Como, por exemplo, o caso de muitos municípios que passam por situação de extrema precariedade, principalmente aqueles localizados em locais atingidos pela seca no Nordeste do país, que necessitam inclusive de assistência dos recursos federais²¹².

Entendimentos contrários a este tendem a fazer uma confusão conceitual entre o que é vulnerabilidade econômica e o que é hipossuficiência. A vulnerabilidade econômica está relacionada a questões materiais. Já a hipossuficiência é uma questão de cunho processual, no sentido de inviabilizar o acesso a justiça de pessoas que não tenham condições de arcar com as despesas processuais. De fato esse, não é o caso da Administração.

Portanto, conforme vimos até agora, pode ser reconhecida, no caso concreto, a vulnerabilidade da Administração Pública, tanto no seu aspecto técnico, jurídico e econômico.

²¹¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out2014.

²¹² INSTITUTO DE PESQUISA E ESTRATÉGIA ECONÔMICA DO CEARÁ. *99 Municípios do Ceará estão em situação grave*. Fortaleza, 2014. < <http://www.ipece.ce.gov.br/noticias/ipece-na-midia/99-municipios-do-ceara-estao-em-situacao-grave>>. Acesso em: 29 setembro 2014.

CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou a possibilidade de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública. Tal afirmação pode ser feita, levando-se em consideração não somente os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, mas também por meio do entendimento doutrinário que vem se firmando.

Conforme analisado, o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que consumidor é toda pessoa física ou jurídica, que assume a condição de destinatária final do produto ou serviço que está adquirindo. Embora em uma primeira análise se possa afirmar se tratar de um conceito bem objetivo e de fácil compreensão, a expressão ‘destinatário final’ traz muitos questionamentos a respeito de quem seria a pessoa do consumidor.

Coube, portanto, à doutrina definir quem seriam esse sujeito de direitos por meio da delimitação do termo ‘destinatário final’. Para isso, foram elaboradas três teorias principais: Teoria Maximalista, Teoria Finalista e Teoria do Finalismo Aprofundado ou Finalista Mitigada.

Como visto, a Teoria Maximalista é aquela que defende que o consumidor é o sujeito que adquire o produto ou serviço, não importando se ele irá utilizar o bem para consumo pessoal ou para empregá-lo em sua atividade produtiva. A Teoria Finalista, utilizada pela jurisprudência, defende que, para ser consumidor e receber a proteção legal do CDC, é necessário que esse personagem da relação de consumo adquira o produto ou serviço apenas para consumo próprio, sem utilizá-lo na sua atividade profissional lucrativa. Por último, a Teoria do Finalismo Aprofundado é uma construção jurisprudencial do STJ. Essa teoria segue o entendimento da Teoria Finalista, apenas acrescentando a noção de vulnerabilidade como elemento caracterizador da pessoa do consumidor. Essa teoria é a que tem sido utilizada pelo STJ para fundamentar a possibilidade de aplicação do CDC às pessoas jurídicas de direito público e privado.

Nesse ponto reside o debate apresentado no presente trabalho. Para o senso comum, é muito difícil aceitar a possibilidade de uma empresa receber a proteção do CDC, caracterizando-se como vulnerável em uma relação jurídica de consumo. Sendo assim, é mais difícil ainda conceber a ideia de o Poder Público, com todo seu poder econômico e político, poder se valer das prerrogativas do CDC por ser parte vulnerável em uma relação. Assim,

conforme demonstrado nesse trabalho, destaca-se que a vulnerabilidade possui três aspectos básicos: vulnerabilidade fática ou econômica, jurídica e técnica.

A vulnerabilidade fática diz respeito à condição econômica do consumidor frente ao fornecedor, em regra, detentor do poderio econômico. A vulnerabilidade jurídica está relacionada à falta de conhecimentos jurídicos específicos por parte do consumidor para defesa de seus direitos. E, por fim, a vulnerabilidade técnica diz respeito à falta de conhecimentos técnicos do consumidor acerca do produto que está adquirindo ou do serviço que está sendo prestado.

De fato, não é fácil o trabalho de caracterizar o Poder Público enquanto consumidor. É necessário que se faça uma análise no caso concreto apresentado. Tal dificuldade se deve às características da Administração Pública, pois toda atividade administrativa é regida pela Supremacia do Interesse Público e todo ato proveniente da administração tem amparo legal, mesmo quando discricionário, pois a lei determina quais são os limites de sua atuação administrativa.

Um exemplo disso é o procedimento licitatório. A licitação é um procedimento por meio do qual a Administração Pública, querendo contratar um serviço ou adquirir um produto, lança a oferta para que interessados possam se habilitar com o objetivo de contratar com o Poder Público. Várias são as etapas do procedimento para que se possa atingir o objetivo principal do certame, que é a escolha da proposta mais vantajosa e que se adequa mais aos interessados públicos.

Tendo em vista a finalidade da realização da licitação, a celebração do contrato administrativo com o particular, percebe-se, a natureza peculiar do contrato administrativo. Este se diferencia bastante dos contratos regidos pelo Direito Privado, uma vez que a própria Administração Pública detém prerrogativas públicas, as denominadas cláusulas exorbitantes, que, nos contratos entre particulares, seriam até ilícitas.

A terceira parte desse trabalho demonstrou a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública quando celebra um contrato administrativo com o particular.

Foi demonstrado, primeiramente, que o STJ vem utilizando a Teoria do Finalismo Aprofundando para possibilitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas, independente se são de Direito Público ou de Direito Privado. Dessa forma, uma vez constatada a condição de destinatária final do produto ou serviço, ou seja, a não utilização do produto ou serviço dentro de sua escala de produção, e, comprovando-se sua condição de vulnerabilidade, poderá ser a pessoa jurídica tutelada pelas normas protetivas do CDC.

O mesmo entendimento foi utilizado em relação às pessoas jurídicas de direito público, pois os julgados do STJ trazidos a esse trabalho foram claros nesse sentido. As Turmas de Julgamento possuem um entendimento consolidado de que há relação de consumo entre Município e Concessionária de serviço público quando o serviço é prestado para uso do Ente Público. Assim, quando o Município tem sua luz cortada em razão da ausência de pagamento, pode ele ser tutelado pelas normas de proteção do CDC, conforme a análise feita caso a caso.

Constatando-se, pois, a condição de destinatário final do bem, restou-nos demonstrar a vulnerabilidade do Poder Público em determinadas situações. Assim, quanto à vulnerabilidade técnica, embora a Lei 8.666/93 determine que o instrumento convocatório da Licitação deverá ser acompanhado pelo projeto básico, contendo todas as informações a respeito do serviço que será prestado ou do produto adquirido, na prática isso não ocorre satisfatoriamente. Muitos órgãos não possuem uma equipe técnica especializada para elaboração desse projeto, cabendo, em muitas situações, ao pessoal do setor de compras do órgão fazer as especificações. Consequência disso são determinações tão desprovidas de conhecimentos técnicos, que nem o fornecedor compreende o que está sendo pedido.

Juridicamente, há entes que não possuem uma estrutura administrativa tão bem formada quanto a lei exige. Demonstramos situações em que Municípios estavam pleiteando a contratação de advogados para representar seus interesses em juízo, em razão da ausência de uma Procuradoria Municipal local. Além disso, as relações consumeristas não são objeto de especialidade das Procuradorias brasileiras, tendo em vista sua natureza privada. Assim, mesmo que haja Advogados Públicos representando os interesses dos Entes Públicos, haverá sempre uma falta de especialização jurídica a respeito do assunto.

Por fim, em relação a vulnerabilidade econômica, diferentemente das empresas privadas, o Poder Público não possui a mesma liberalidade quanto aos gastos dos seus recursos financeiros, pois toda atuação da Administração é regida pelo Princípio da Legalidade, que determina que a Poder Público, por meio de seus gestores, somente deve agir conforme os ditames da lei. Outro ponto importante é a questão da previsão orçamentária em relação aos gastos do Poder Público. Dessa forma, mesmo tendo um poderio econômico muito grande, a Administração não tem total liberalidade quanto aos gastos públicos, estando totalmente vinculada à lei.

Ressalta-se que o trabalho não foi uma análise meramente teórica, mas sim uma análise feita ao caso concreto. Embora, teoricamente, há entendimentos contrários à incidência do CDC quando uma das partes é Poder Público como consumidor, devemos levar em consideração a realidade fática. Mesmo nas relações tipicamente consumeristas, é necessário que se faça uma análise do caso, para que se verifique a presença ou não dos elementos tanto subjetivos quanto objetivos das relações de consumo. Isso ocorre, pois o CDC é uma norma de proteção especial, dada àqueles que, de fato, satisfaçam as situações nele abrangidas.

Então, ao se deparar com uma situação em que o Poder Público sofre com as abusividades do mercado, não se pode ignorar pelo simples fato de se presumir que o Poder Público não detém a condição de vulnerabilidade. Como analisado, há entes e entidades públicas que, infelizmente, não possuem toda estrutura administrativa e jurídica que se espera de um órgão pertencente ao Estado. Portanto, pode-se afirmar que, há situações em que é perfeitamente cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública, mais especificamente, quando se constatar a presença das características consumeristas no caso concreto. É o que tem defendido a Teoria do Finalismo Aprofundado, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2014.

BANDEIRA, Adir Machado. Contratação de serviços advocatícios pela administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3044, 1 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20326>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01out.2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01out.2014.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 01out.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AgRg no Ag 150.829/DF*. Terceira Turma. Agravante: Eduardo Augusto Marinho. Agravado: Trans D J Transportes Gerais LTDA. Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER. Brasília, 19 de março de 1998. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=150829&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4#DOC4>>. Acesso em 29 setembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 588.763/MG*. Segunda Turma. Recorrente: Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG. Recorrido: Município de São Sebastião do Paraíso. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON. Brasília, 09 de agosto de 2005. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=588763&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 01 outubro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp. 1132642/PR*. Terceira Turma. Recorrente: Dirceu Palaro e outro. Recorrido: Agropecuária Oeste LTDA. Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1132642&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 29 setembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 716.877/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Scania Latin América LTDA. Recorrido: Carlos Augusto dos Santos. Relator: Ministro ARI PARGENDLER. Brasília, 22 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22ARI+PARGENDLER%22%29.min.&processo=716877&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em 29 setembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp. 460.271/SP*. Segunda Turma. Recorrente: Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL. Recorrido: Município de Santa Lúcia. Relator(a): Ministra Eliana Calmon. Brasília, 06 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=460271&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 01 outubro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp. 540.235/TO*. Terceira Turma. Recorrente: Emílio Athiê. Recorrido: Oliveira Silva Táxi Aéreo LTDA. Relator: Ministro CASTRO FILHO. Brasília, 07 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=540235&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em 30 setembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp. 742.640/MG*. Segunda Turma. Recorrente: Telemar Norte Leste S/A. Recorrido: Município de Itamogi. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON. Brasília, 06 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=742640&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4#DOC4>>. Acesso em 29 setembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp. 913.711/SP*. Segunda Turma. Recorrente: Companhia Paulista de Força e Luz CPFL. Recorrido: Município de Sales

Oliveira. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=913711&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em 29 setembro 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

CUNHA, Jair Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. **Revista do TCU**, Brasília, v.32, n.87, jan/mar 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, BRITO FILOMENO, José Geraldo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 201.

INSTITUTO DE PESQUISA E ESTRATÉGIA ECONÔMICA DO CEARÁ. *99 Municípios do Ceará estão em situação grave*. Fortaleza, 2014. < <http://www.ipece.ce.gov.br/noticias/ipece-na-midia/99-municipios-do-ceara-estao-em-situacao-grave>>. Acesso em: 29 setembro 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª edição. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA., 2010.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. A Administração Pública como consumidora e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3837, 2 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26309>>. Acesso em: 8 set. 2014.

VIANA, Nelson Corrêa. Os preços na licitação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3112, 8 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20811>>. Acesso em: 9 set. 2014.